

Principes du droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2014

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Cours n°2

**Périmètre du droit et
Périmètre de la régulation
bancaire et financière**

Mercredi 29 janvier 2014

Plan de la séance

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés

- A. La construction classique du système juridique
- B. La construction des systèmes régulés

II. Les rapports entre les ordres interférant

- A. Le choc des logiques des deux ordres
- B. Les articulations pour installer une compatibilité
- C. L'idéal d'une superposition des deux ordres

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés

A. Construction classique du système juridique

1. La construction du système juridique national

a. Les divisions du système juridique

- La *summa divisio* du droit public et du droit privé
- L'ombre portée de l'organisation juridictionnelle et du contentieux
 - La dualité des ordres de juridiction
 - Le tribunal des conflits
 - ❖ Arrêt *Diamantaires d'Anvers*, Trib. Conf., 22 juin 1992 ,
 - ❖ Arrêt *Diamantaires d'Anvers*, Com., 9 juillet 1996
 - Le critère incertain de répartition du contentieux

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

1. La construction du système juridique national (suite)

a. Les divisions du système juridique (suite)

- Les branches du droit « inclassables »
 - Le droit pénal
 - ❖ Critère juridictionnel : appartenance au droit privé
 - ❖ Critère substantiel : appartenance au droit public
 - ❖ Emergence du « droit administratif répressif »

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

1. La construction du système juridique national (suite)

a. Les divisions du système juridique (suite)

- Les branches du droit « inclassables » (suite)
 - Le droit de la concurrence
 - ❖ Droit civil de la concurrence déloyale
 - ❖ Droit structurel du marché concurrentiel
 - ❖ Ordre public de direction / ordre public de protection
 - ❖ Loyauté du commerce / protection du consommateur / service public
 - ❖ « Civilisation du droit de la concurrence » : *Class action* (« Loi Hamon »)

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

1. La construction du système juridique national (suite)

a. Les divisions du système juridique (suite)

- Les branches du droit « inclassables » (Suite)
 - Le droit financier
 - ❖ Découverte du marché financier (droit public)
 - ❖ Rapprochement marché financier via la bourse (droit des sociétés et droit public)
 - ❖ Rapprochement du droit et de la gestion
 - ❖ « droit financier des biens » (titres)

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

1. La construction du système juridique national (suite)

a. Les divisions du système juridique (suite)

- La reconstruction du système juridique au-delà des matières et autour des droits fondamentaux
 - La subjectivisation du système juridique
 - La montée en puissance des « droits à »
 - La montée en puissance du juge

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

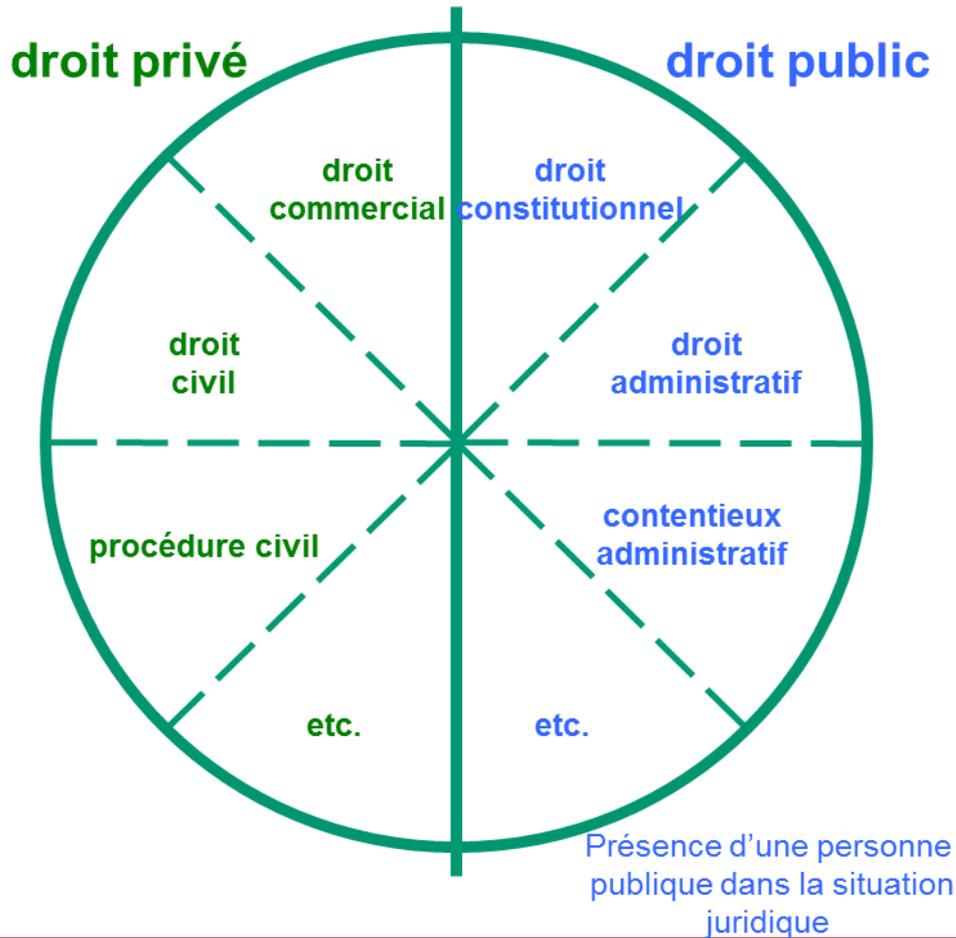
A. Construction classique du système juridique (suite)

1. La construction du système juridique national (suite)

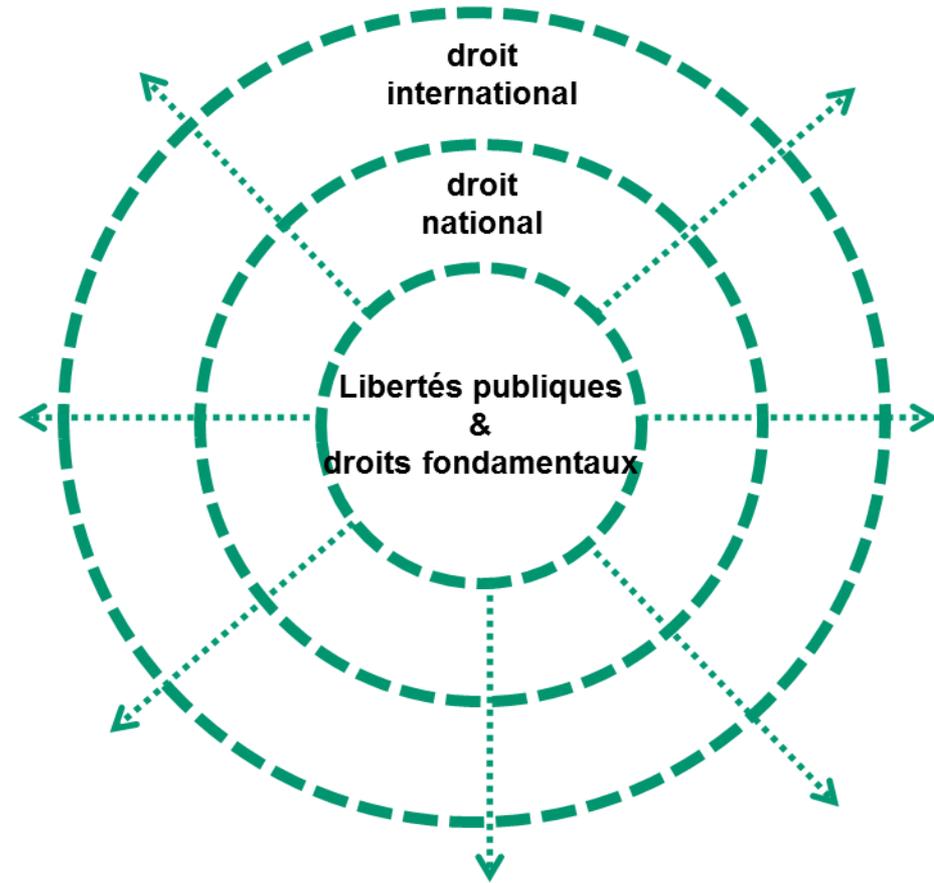
a. Les divisions du système juridique (suite)

- La reconstruction du système juridique au-delà des matières et autour des droits fondamentaux (suite)
 - L'importance première de la procédure
 - Le système juridique innervé par les droits fondamentaux

La précédente dualité du système :
public versus privé



La nouvelle unité substantielle du système :
les droits fondamentaux.



I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

1. La construction du système juridique national (suite)

b. Le fonctionnement du système juridique par la hiérarchie des normes

- Le fonctionnement de *Common Law*, le fonctionnement de *Civil Law*
- La pyramide « kelsénienne »
- Le principe de légalité, la souveraineté et la délégation du pouvoir normatif
- La « norme fondamentale » : la Constitution et la remise en cause du légicentrisme
- Contrôle *a priori* et *a posteriori* des lois (QPC)

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

2. L'articulation du système juridique national avec les autres systèmes juridiques

a. Le droit international public

- Les Etats, sujets souverains de droit international
- Le rôle des traités internationaux dans le droit économique
- Les institutions internationales

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

A. Construction classique du système juridique (suite)

2. L'articulation du système juridique national avec les autres systèmes juridiques

b. L'intégration européenne

- Institutions et instruments normatifs européens
- Incorporation du droit des Etats-membres dans l'ordre communautaire
- Application directe par le juge national du droit de l'Union européenne (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*)
- Exception de non-conformité de la loi nationale au droit communautaire et au droit international

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

B. La construction des systèmes régulés

1. Construction d'architectures liées à un droit identifié à ses finalité

- La mission d'ordre public et la distinction du droit privé et du droit public
- L'expansion de la place / liberté d'entreprendre / protection des consommateurs de produits et droit privé / politique industrielle des Etats
- Problématique de l'industrie bancaire
- L'usage naturel de l'outil-sanction : place du « droit administratif répressif »
- Fonction disciplinaire du droit civil ?
- « Contractualisation de la répression »

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

B. La construction des systèmes régulés (suite)

2. L'éclatement des distinctions internes au droit français

- Le droit bancaire et le droit financier
 - ❖ Secret *versus* information
 - ❖ Risque systémique non partagé
 - ❖ Place de l'Etat différente
 - ❖ Interpénétration de deux régulations hétérogènes (proposition Wickers)
 - ❖ Loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

B. La construction des systèmes régulés (suite)

2. L'éclatement des distinctions internes au droit français

- Le droit financier et le droit des assurances
 - ❖ Ass. Plén., 12 décembre 1986, *Pelletier*
 - ❖ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, *Praslicka*
 - ❖ Réponse « Bacquet » (26 juin 2010)

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

B. La construction des systèmes régulés (suite)

2. L'éclatement des distinctions internes au droit français (suite)

- Le droit bancaire et le droit des assurances
 - ❖ Imperméabilité des activités et des risques
 - ❖ Interchangeabilités des produits et des activités
 - ❖ Problématique des conglomérats (banques-assurances)

I. La différence de construction entre le système juridique et le déploiement des systèmes bancaires, financiers et assurantiels régulés (suite)

B. La construction des systèmes régulés (suite)

3. L'éclatement de la distinction entre le droit national et le droit extranational

- *Soft Law* et droit souple
- Application anticipée des normes par les opérateurs
- Processus d'intégration *Lamfalussy*
- La « ronde des textes » face à la hiérarchie verticale des normes
 - ❖ Directive 2013/36/UE du 26 juin 2013 *concernant l'accès aux établissements de crédit et à la surveillance prudentielle des établissements de crédit*
 - ❖ *Position de l'ACPR du 29 janvier 2014 sur le non cumul du poste de président et de directeur général, de l'incompatibilité des fonctions de président de conseil d'administration et de « dirigeants responsables » et sur la possibilité d'adopter la forme de SAS*

II. Les rapports entre les ordres interférant

A. Le choc des logiques des deux ordres

1. L'hétéronomie des systèmes et la prétention du droit à imposer sa supériorité

a. La légitimité du droit à faire plier la réalité des affaires

- La légitimité formelle
- La légitimité substantielle du droit

II. Les rapports entre les ordres interférant (suite)

A. Le choc des logiques des deux ordres (suite)

2. Le déclin de la puissance de fait des autorégulations non-juridiques

a. Les agences de notation

- Le contrat
- La responsabilité civile
- La supervision

II. Les rapports entre les ordres interférant (suite)

A. Le choc des logiques des deux ordres (suite)

2. Le déclin de la puissance de fait des autorégulations non-juridiques (suite)

b. Les opérateurs de marché

- Les opérateurs d'infrastructure
 - ❖ Les entreprises de marché
 - ❖ Les chambres de compensation
- L'autorégulation entre opérateurs ordinaires
 - ❖ Le choix commun d'indices (Le Libor et l'Euribor)
 - ❖ L'organisation commune des commissions interbancaires

II. Les rapports entre les ordres interférant (suite)

B. Les articulations pour installer une compatibilité

1. Le régulateur, arlequin de la régulation

a. L'Adieu à Montesquieu

b. Le régulateur, Tribunal « au sens européen »

- Ass. Plén., *Oury*, 5 fév. 1999
- C.E., *Didier*, 6 déc. 1999

II. Les rapports entre les ordres interférant (suite)

B. Les articulations pour installer une compatibilité (suite)

2. La dualité des sanctions

a. L'association des sanctions pénales et administratives

b. La non-application du principe *Non bis in idem*

- C.E., 10 décembre 2010, *A.M.F.*
- Crim., 22 janvier 2014, *Antoine X*

c. La civilisation des sanctions

- Com., 21 janvier 2014

II. Les rapports entre les ordres interférant (suite)

C. L'idéal d'une superposition des deux ordres

1. Les régulateurs jouant sur les « deux tableaux »

a. Les « messages » et les sanctions

b. La légalité et les arrangements

- *Les settlements*
- La composition administrative

II. Les rapports entre les ordres interférant (suite)

C. L'idéal d'une superposition des deux ordres (suite)

2. La sécurité juridique et la technicité des normes

- a. La technicité des normes applicables aux opérateurs, financiers et assurantiels
- b. L'incertaine portée de la *Soft Law*
- c. Le principe protecteur de la sécurité juridique